

學
生
修
士
論
文

次の二篇は大學院法學研究科の修士論文
から選び、紙面の都合上要約を求めて掲
載するものである。

權利の成立と訴訟

大學院法學研究科 鈴木 重 勝

序

一、問題の所在

二、私法實體法の社會規範性

——私法法規の社會規範的機能と裁判規範的機能

三、私法法規の社會規範的機能と權利の成立

——社會空間における權利の成立

四、權利と訴訟

——空間における權利の成立

(一) 權利と民事訴訟の必要

(二) 訴訟における權利の形成現象

結 語

權利の成立と訴訟

序

私法實體法は社會規範として、私人の生活關係を規律するに權利關係の設定を以てする。即ち、權利（私權）は、法（私法實體法）の個別化された具體的な生活規範としての現象型態に他ならず、訴訟とは無關係に成立する。^(一)しかして、中村博士は訴訟との關連において、「我々は、民事訴訟が社會規範たる實體法を實現すべき法律制度として、換言すれば、實體法の裁判規範としての機能が、社會規範としての機能に從屬すべきことを論理的前提として訴訟理論を構造した。この學問的立場は、市民社會的民事訴訟を構想するものであり、理念として當事者の權利保護を以て民事訴訟の第一次制度目的とし、訴訟觀としては、實體法訴訟法對立二元觀に赴く」（マルクス主義理論と訴訟法學所收、「民事訴訟をめぐる回顧と展望」五一頁）と云はれる。

この言葉は民事訴訟法學の出發點であり、進むべき途の道標であると思う。

しかし、まさしく村松氏も指摘されたように、^(二)これと否定的に鋭く對立する見解がある。即ち私法實體法を専ら裁判規範であると解して、その社會規範性を否定し、従つて權利の實在性は裁判によつてのみ形成せられ、それゆゑに民事訴訟の制度目的は權利保護である筈がない、と結論する見解である。

これらを検討して、中村博士の言葉を再確認せんとするのが本稿の目的である。

- (一) 創設訴訟の特殊な場合には、後述四註一參照
- (二) 訴訟上からみた對抗要件の意義、早法三〇卷一二〇頁。

一 問題の所在

權利の本質について、學説は爭われてつきることを知らない。^(一)

(一) 安田幹太、權利の二義(二)、法學志林第四十一卷一號二九頁以下。末川、權利侵害論二二七頁以下。

それにもかゝわらず、近代私法制度は權利を核心として構成される。従つて、民法學者はその權利の本質や内容をもどのように把握するものであれ、必ず權利の實現乃至保護についても論及するものが普通であり、その最も通常の手段が民事訴訟手續であるとする。^(二)しかしこれは民法學者にとゞまらず、私法的訴權説や權利保護請求權説を唱へた訴訟法學者においても同様に考へられた。^(三)

しかしながら、一方、私法實體法を裁判規範と解することにより、他方、訴權學説における司法行爲請求權説、本家判決請求權説の提唱や、既判力學説における一般法學上の既判力説の登場とあいまつて、權利と訴訟との相關性が深刻に反省せられるようになった。^(四)現在においても、權利は確定判決前には實在せず、あるいはすくなくとも訴訟前にその存否は何人にとつても不明であり、従つて民事訴訟の制度目的が權利保護である筈がないと説かれる訴訟法學者が存する。^(五)

(二) 我妻、民法講義I三三頁。石田、現行民法總則二八頁以下。

(三) 中村、民事訴訟法原理一卷二九八頁以下。

(四) 中島、裁判の創造性原理八頁以下。

(五) 兼子、民事訴訟法体系二七頁、三三六頁。同、條解民事訴訟法二〇〇頁。中田、訴訟上の請求、民訴講座一六三頁。小野木、確認と形成、民訴雜誌二二頁。

近時、この問題を意識的に正面から取り上げたのが山木戸教授の「訴訟法學における權利既存の觀念」(民事法の諸問題所收)である。教授はまづ「私權と訴訟との關連の問題は、要するに私權は既存のものであるか、それとも私權は訴訟において、また訴訟によつて創造せられるものであるか、という問題に歸する」とせられて、「個別的訴訟に關しては、實効性ある現實的存在としての權利は訴訟前には存在しない」が「訴訟制度の觀點からすれば、權利は前訴訟的なもの、既存的なものとして觀念せられる」と述べられる^(六)。

(六) 山木戸、前掲、三九八頁。

しかし、教授の所説によれば、個別的訴訟における非既存性は、訴訟制度の上においても同様ではなからうか。けだし、訴訟制度の觀點から、「法規に定められた法律要件に該當する事實が存在すれば、當然に一定の個別的な權利義務が成立する、というように觀念せられる」としても、尚且つ、「關係當事者の法的判斷乃至法規範意識の不一致」はあり得るし、その場合にも「權利は、規範的な妥當性をもつが現實的な實効性を有しないものとして、觀念的にのみ存在する」にすぎず、従つて現實的には存在しないことになるのではなからうか。

兼子教授も、「私權の實在性は裁判によつて形成される」^(七)、従つて「確定判決前においては、當事者の私的な法適用による權利の主張なり假象なりが、將來の又は假定的な確定判決により形成さるべき實在性の豫想としてあるに止まる^(八)」のであつて、それゆえ、民事訴訟の制度目的は權利保護ではあり得ない^(九)、と結論される。

(七) 民事法研究一卷四八四頁。

(八) 體系三三六頁。

(九) 條解民訴二〇〇頁。

このように、權利と訴訟をめぐつて、訴訟前に權利が存在し、訴訟はこの權利を保護するものであるとする見解に

對して、訴訟前に權利は實在せず、従つて訴訟の制度目的が權利保護である筈がないとする見解が對立する。そのいづれであるかを決するのは、私法實體法を社會規範でもあると見るか否か、から出發する。即ち國家法としての私法は、その内容は私人間の經濟的又は身分的生活關係を規律するものであるが、この妥當する場面は、裁判においてであつて、この意味でビンダーの云う様に、裁判官に對する裁判規範であり、紛争解決規範といふべきではないだらうか」と兼子教授は云われる。しかし、實體法をもつて裁判規範と解するのはビンダーや兼子教授ばかりではない。エム・エー・マイヤーやデューギーが法規をもつて、人民に宛てた生活規範ではなく、裁判官あるいは統治者に宛てた命令である裁判規範と解したことは有名であるが、我が國でも末弘博士や川島、舟橋、尾高教授がこのことを主張され、また和田博士も法の現象型態である法規は、近代立法技術において行爲規範的側面をでなく、裁判規範的側面を表示しているものと解された。^(一七)

(一〇) 前掲研究一卷四八一頁。後述三、註一、

(一一) M, E, Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormens, 49, f. f.

(一二) 和田、デューギーにおける法の概念。早法二四卷一冊七一頁。同、法と法規、法をめぐる斗争と法の生成、五七頁以下。

(一三) 末弘、民法講話上卷七頁以下、

(一四) 川島、民法講義第一卷序說一六頁。

(一五) 舟橋、民法總則五頁。

(一六) 尾高、改訂法哲學二四五—六頁。

(一七) 和田、法學序說三〇頁。

しかして、私法實體法乃至私法法規の社會規範性が否定される限り、訴訟前の權利の存在もまた否定されることは

當然のことであろう。^(一八)

(一八) デュギー、西島譯「私法變遷論」一五頁。

しかしながら、果して私法實體法は裁判の準則たるのみであつて、社會規範ではないのであろうか。またそれは法規が假言的判斷の命題となつてゐるがゆゑであらうか(以上二において)。従つてまた權利は訴訟と無關係には成立し得ないものであろうか(三において)。それ故に權利の成立のために民事訴訟は不可缺のものであるか。訴訟における權利の實在性の形成現象は、法的世界に新たな權利が創造されることを意味するものであろうか(以上四において)の問題を検討しながら、民事訴訟の制度目的を考察したい。

二 私法實體法の社會規範性

——私法法規の社會規範的機能と裁判規範的機能

以上の如く、中村博士の「實體法の裁判規範としての機能が、社會規範としての機能に從屬すべきことを論理的前提として訴訟理論を構造する」ことに對して、まづ、實體法が國民の生活行動の準則として、國民に宛てられた生活規範・社會規範ではなくて、専ら裁判の準則として、裁判官に對する命令たる裁判規範とする見解が對立する。

末弘博士も、民法第三條や、書面によらざる贈與の民法第五百五十條、夫婦間の契約取消權の現行民法第七百五十四條等をあげて、「國民行爲の準則なりと考へるならば、反つて其處に幾多の不都合を生ずる」と云はれたことは有名である。

しかしながら、「法規」はともかくとしても、「法」が道德規範や宗教規範と並んで社會規範であることに異論は存

しない。各社會規範は各々その獨白の目的を範圍の限界として妥當すべき次元を異にする。法の行われる次元は、その實効性が國家權力によつて強制的に保障されるよう機構化された國家社會であり、従つて、法は強制的社會規範であると云われるが、法以外の社會規範と並んで一つの社會規範であるとしても、法はそれ自身固有の内容を有せず、他の社會規範をもつてその内容とする。^(一)

刑法規範の多くが道徳規範を内容とするのに對して、現代の私法規範は専ら技術規範をその内容としているものと云へよう。しかして、法がこのように國家社會に行わるべき社會規範の一つであり、またその實質的内容が法規範以外の社會規範であるとするならば、他のすべての社會規範が行爲規範であるのと同様、本質的に行爲規範・生活規範であることは疑のない所であるように思う。しかも、社會規範はすべて行爲規範であると同時に、それは個人の社會意識においてのみ存立し、それ以外に妥當する所をもたないのであつて、いわんや、法は國民、即ち國家社會内の個人主體の規範意識にのみ實在するのであるから、その規範宛名人が國民であることにも異論はないように思う。

しかし他方、法が國家社會生活を可能ならしめるための不可缺の條件であるとすれば、人はどのようにしても、この法を認識し得るものでなければならぬ。人がこれを認識し得て、初めて規範意識の裡に存立するのである。ところで、現に行われている法を人はいかにして認識し得るであろうか。少くとも、社會規範としての法を、他の社會規範と區別して認識し得なければならぬ。かくして法は、自己の顯現のために種々の方式をもつ。現代において、その最も通常な方式が成文法規であることは云うまでもない。即ち、法規はこのような法の顯現形式の主要型態である。^(二)人は、現行する法の認識のため明白に法規を典據とする以外に明白な手段を持たない筈である。殊に、それにくて、法以外の社會規範から法規範を識別することは不可能である。しかし、國民が生活活動の度び毎に、法認識の

ため法典に收められる法規をかへりみるというのではない。それは原文のまゝではなくとも、その法規の立法精神を體して傳承的に民衆化・常識化された形式の法規なのである。これを換言すれば、法の認識は、それ以前に既に形成されている法規範意識の裡においてなされるが、その法規範意識形成のために決定的な役割を演じているのが法規なのである。

裁判官が裁判のために法規を通じてのみ、法を認識すると同じように、國民が國家社會における生活活動の準則を知るために、その典據となるのは法規である。従つて、この場合、法規は次に述べるような評價規範・裁判規範としての法の顯現形式ではなくて、生活活動の基準たる行爲規範・生活規範としての法の顯現形式なのである。

しかも、法はその實質的内容として道德規範、技術規範を攝取する際に、そのままを攝つて内容とするのではなくて、それらを選択し、加工しつゝ攝取するのであるが、各社會規範は各自異なる次元において自己の目的に従つて規律内容を有するのであるから、同一對象事實に對して、相剋、抵觸する場合がある。^(三三)殊に技術規範とそれ以外の社會規範就中道德規範は、その規範内容の性質上、相對立し衝突することが多いであらう。このような場合に、法はそれが、單なる社會生活のためにではなくて、國家社會生活のために行われるべきであることから、自己獨自の規律目的に適合するように、他の社會規範を選択し、修正して自己の内容とするのである。しかも、このような法が法規となつて顯現するのであるから、他の社會規範とは相容れない、その結果、非常識な内容となる場合が生じ得るのである。それが、末弘博士や尾高教授によつて指摘された、書面によらざる贈與の民法第五百五十條や、夫婦間の契約取消權の現行民法第七百五十四條、觀望施設をびつたり三尺に制限した第二百三十五條の規定なのである。しかし、私はこの場合に社會規範・行爲規範と解するからこそ不合理な結果になるのだとは考へない。前二者は、「約束ハ守ル

ベシ」という道徳規範と、無償契約たる贈與の場合の書證による高度の蓋然性をもつ證明が必要であるという技術規範や、家庭生活の圓滿な繁榮のために必要な技術規範との衝突であり、法は、自己の目的から、より高次の段階に立つて技術規範を内容としたのであつて、後者は第三條や第二十一條と同様、同條によつて顯現せられる法が、技術規範そのものを自己の實質的内容とした結果なのであると考へる。要するに、法規は法の顯現形式であるが、その法たるや自己獨自の内容を有しないのであつて、他の社會規範をその内容としている。しかも、その社會規範は道徳規範だけではなくて、大概が技術規範なのである。一、で述べた學説はすべてが、社會規範＝道徳規範とのみ考へて、技術規範を考えないから、「生活規範行動規範としてならば、一定の行爲不行爲を要求する命令禁止の文句を用いる」(兼子、前掲、民訴講座六頁)はすであり、「圓滿平和な生活關係の生活規範としてあてはめたのでは、却つて非常識不人情な結果となる」(同、前掲、民事法研究第一卷四八一頁)と主張されるのではなからうか。社會規範とは道徳規範だけのことではない。現代の高度に發達した複雑な文化生活を規律し得るために、法は大幅に社會規範としての技術規範を攝り容れることが必要なのであつて、技術規範そのものを内容としている成文法規の例は今日において無數に見出されるのであり、それは今後ますます増加の一途をたどるであらう。

(一) 和田、法哲學上卷、三〇二頁以下、

(二) 和田、法と法規、法をめぐる斗争と法の生成一頁。

(三) 和田、法哲學上卷二〇九頁。

(四) 和田、前掲、二七九頁以下、二九二頁。田中耕太郎、法に於ける道徳、技術及び科學一四一頁。

しかしながらすべての社會規範は、上述の如くその本質は行爲規範として行爲の基準であり制約であるが、それと同時に、またそのゆえにこそ行爲に對する評價の基準でもあらねばならぬ。

強制的社會規範としての法は他の社會規範と異なり、單なる行爲規範・生活規範にとどまるを得ないがゆえにこそ、その内容實現の實効性の保障のために、評價規範となり、従つて、裁判規範となる。この場合、法規は裁判規範としての法を顯現しているのである。しかし、このように法規が評價規範・裁判規範であることは、それが本質において行爲規範・生活規範であるからこそであり、行爲規範ではなくしては、評價規範であることはできない。(五)(六)

(五) (六) 和田、前掲、法をめぐる斗争と法の生成七〇頁。

従つて、法規は一面において生活規範・社會規範としての法の顯現形式であり、他面において評價規範・裁判規範としての法を顯現している主要型態なのである。

しかして兩者の、即ち、行爲の基準としての、及び評價の基準としての二面の機能を果たすべく、また共通せるあらゆる生活現象に普遍的に妥當すべく工夫された表現形式が、現在の假言的判斷命題の形式であると解すべきものと思ふ。

三 私法實體法の社會規範的機能と權利の成立

——社會空間における權利の成立

法が一面において行爲規範を本質とする生活規範・社會規範であり、他面において評價規範・裁判規範であつて、従つて、その顯現形式である法規もまた一面において生活規範としての、他面において裁判規範としての機能を營むということは、法乃至法規がそれぞれ妥當すべき次元を異にすること、換言すれば、それが裁判規範として有權的に適用される訴訟空間とは別個獨立の、生活規範・社會規範として妥當すべき市民社會空間においても行われる

ということを意味する。しかしながら、市民社會空間においても法規が妥當すると考へる場合に、法規が制度的所與として、假言判斷形式であるということから出發しなければならない。即ち、法規が要件効果の假言判斷形式をとつているところから、いかにして、そこに生活規範・社會規範としての法を認め得るかが問題となる。多數の學説は、法規のこの形式のゆえに社會規範性を否定するのである。^(一)

(一) 兼子教授も、法規が通常法律効果とその要件の結合命題であることは、それが判斷規範として機能するためであり、生活行動の準則たる生活規範としては無意味であるばかりでなく、却つて不合理非常識なものとなり、そのゆえにこそ、權利關係の實在性は裁判によつて初めて形成されると説かれるが、この同じ要件効果の結合の命題であることから、ケルゼンや、カウフマンは生活規範を認めて權利關係の定立を考へることは有名である。〔Kelsen, Hauptproblem, Staatslehre. 619—620, Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft. S. 91.〕

法規がこの要件命題と効果命題から成り立つ假言判斷形式であるのは、判斷規範・裁判規範としての評價機能を働かせ(二)るためであるばかりでなく、社會規範としての法の顯現であることから、具體的に生起して來る無數の生活現象について妥當しうるように普遍的な規範構造をもつための表現技術上の要請、及び近代私法制度が權利本位に構造されるべくい(三)わゆる許容的法規の——即ちその法効果が權利として、國家的強制力を擔保として個人に一定の生活利益享受の可能性を許容するという——形式をとることの必要からに他ならない。

それゆえに、法規の豫定する一定の法律要件に具體的な生活事實が充足すると、論理必然的に法効果としての權利が發生(變更、消滅)する。その權利の本質がなんであれ、個別的な主體的具體法であることに異論はない。即ち、權利とは個別化された具體的な生活規範としての法であり、いゝかへれば、權利(私權)は、法(私法實體法)の生活規範としての現象型態に他ならないと考へられる。^(三)

(二) 兼子研究一卷四八二頁。民訴講座五頁。

(三) しかし、他方、權利は訴訟空間において、「訴訟の目的」を通じて個別的・具體的裁判的規範として機能する。四註八

法規が要件効果の假言的判斷の形式をとつてゐるのにもかゝらず、市民社會空間において、法規に顯現される法（私法實體法）が生活規範・社會規範として生活現象に妥當すると云い得るのは、その法が個別化・具體化された生活規範・社會規範としての權利となつて具體的に現象するからなのである。しかし、權利との關係において、生活規範としての規範構造をすべての私法法規に共通するように單純に圖式すれば次の如くなる。

「Aナル事實ガ、Bナル規範（法）ノ定メル法律要件ヲ充足シテ、コレヲ具體化スルコトニヨリ、Cナル權利ガ發生シ、Dナル事實ノ實現ヲ要求スル。」^(三)

(三) この「A」が社會空間において行われる具體的な生活事實であることはいうまでもないが、訴訟の段階では主要事實として事實認定の對象となる。「B」は國家目的に従い、法以外の社會規範を實質的内容として強制の要素を加えた抽象的一般的法規であり、これに反して「C」は當事者間に支配する、「B」の個別的具體的規範であつて、その規範的効力として「D」を要求し、また制度的權利である訴權や強制執行請求權を發現する。

即ち、社會生活のため「Aナル事實」が存するとき、「Dナル事實」の實現されるべきことは、法以外の社會規範でも既に要求している所であるが、國家社會生活を可能ならしめるためには、それを「B」乃至「C」の法規範内容としてその實効性が強制力によつて保障されることが必要なのである。

このことから、訴訟法學者が、訴訟前に權利は實在せず、従つて民事訴訟の制度目的は權利保護に非ずして、「國家權力による私人間の紛争乃至利害の衝突の解決調整にあると見ることを検討すれば、結局、その「紛争乃至利害の衝突」とは、「A」——「D」の單なる事實關係に還元した國家社會以前の事件を意味するものであり、「B」乃至

「C」の法規範關係を全く捨象しているものと云えよう。しかしそのことは果して正しいであろうか。法規範以外の社會規範でもつて處理さるべき問題ならばともかく、苟しくも國家的法律制度である民事訴訟制度でもつて解決せんとする社會事象であるならば、すべて法に規律さるべき生活關係、即ち法律關係ではないであろうか。それはとりもなほさず權利關係である。^(四)

(四) 單なる事實關係は訴訟の對象とならない。それが法的現象として把握され法的に構成されて初めて訴訟の對象となる。しかし、それが法的に構成される限り、結局は權利關係となるであらう。

従つて、「紛争乃至利害の衝突」とは云つても、單なる事實上のそれではなくて、結局は、權利あるいは權利の實現をめぐる「紛争乃至利害の衝突」であつて、その「解決調整」を通じて權利保護がなされるものであると云へるのではあるまいか。それにもかゝらず、民事訴訟の「權利保護」機能を否定するのは、一にかゝつて、「私權の實在性は裁判によつて形成されるのであり、したがつて裁判前においては、權利の假象があるに過ぎない」と考へるからに他ならないであらう。しかし、一體「權利の假象」とはいかなる法的本質を有し、また現代の私法制度、私法體系においていかなる地位と機能をもつものであらうか。さらにまた、これと假象ならざる權利とはその本質においてどのような相違があるのであらうか。

もし權利が確定判決前は實在しないとすれば、民法がその冒頭に掲げる基本原理はいかに解されるべきなのであらうか。第一條第一項は、「私權ハ公共ノ福祉ニ遵フ」と規定するが、その「私權」たるや、「私權の假象」なのか。その私權は實在しないのか。實在しないのに、なぜ、「公共ノ福祉ニ遵」はねばならないのか。同條第二項は信義誠實の裡に行使されるべく、第三項はその濫用を禁止するが、いづれも權利を既存のものと觀念して、その行使に

當つての制限に他ならないであらう。

元來、強引に行使され得べき「權利」なればこそ信義誠實の裡に行われることが要求され、その濫用が禁止されるのである。それが實在^(五)しないとはいかなることなのであらうか。實在しないとすれば、この近代法の大原則はいかに解されるのであらうか。

(五) 兼子教授は「國家社會内に於ける權利とは、國家權力による保障そのものであり、國家權力に與ふることにあるのであるから、具體的な司法作用を待たないで、具體的な權利の實在も亦觀念することができないのである」(民事訴訟の出發點に立ち返つて、民事法研究一卷四七八頁)と云われるが、國家が保障するとは云つても、そのためにこそまづ私法法規を制定して、その規定する要件を充足する生活事實があれば、一定の効果が論理必然的に發生し、これを權利として國家が強制力を擔保として保障するということであり、それ以上に、「具體的な司法作用を待たないで、具體的な權利の實在も亦觀念することができない」と云われるのは、權利それ自體と權利の目的や内容即ち生活利益の享受とを同一視されているからではなからうか。さらにまた教授は現實の生活關係を支配するのは、權利關係であつて、これは原則として、法律の適用という心理的操作によつて始めて形成される。この操作は一應誰にもでき又許されるのであるが、若し關係人の私的判斷が互に一致しない場合には、この間を支配すべき權利關係は確定されない」(前掲四八三頁)と云われるが、現實の生活關係を支配するのは、權利關係であり、その權利關係が法律の適用によつて始めて形成され、それが誰にでもでき又許されているとするなら、權利關係は確定判決をまつまでもなく、訴訟前に既に形成されているのではなからうか。それなのになぜ「具體的な司法作用を待たないで、具體的な權利の實在を觀念することができないのであり」「法の適用を司どる司法權者の判斷において實在化されるものと定められる」(体系、三三七頁)のであらうか。

このように、私法秩序において權利の實在性が司法作用をまつて初めて形成され、従つて、法的世界にその存在を獲得するとしても、それが請求權であつて、強制實現が必要となる場合には、その實在性たるや、實在性の假象とし

て捉へなければならぬことは兼子教授も認められている所であり（強制執行法五—六頁）、かくすれば、結局、確定的な権利の客觀的實在は法的世界においては、ついに語り得ぬ結果となるのではなからうか。

また、關係人間の私的判斷が互に一致しないときは、權利關係は確定されないと云はれるが、なるほど確定判決前は權利は不確定であり、また、そのゆえにこそ民事訴訟は不可缺である。しかし、その不確定ということによつて直ちに權利の存在が否定されてしまうことにはならないであらう。法の適用によつて一旦生じた權利が判斷の不一致によつて存在しなくなるというのは不合理極まる法理であらう。^(六)

(六) このことを主張したのは中島弘道氏である。「一度其存否内容に付き争若くは疑を生ずるや否や、忽ち法規範としての作用を止め、權利としての實効は消滅し、從て其存在は法律世界から失はれてしまふ」（裁判の創造性原理一九七頁）。これについては中田教授が鋭く批判されている（判決の形成的作用について、訴訟及び仲裁の法理一四一・一四五頁以下）。しかし、一體に兼子教授の法律の適用と權利の成立についての考え方は中島氏に一致している（兼子教授、体系三三五頁。中島氏、創造性原理一八九—一九〇頁）。このことについても、中田教授は厳しく批判されている（同一五七頁）。^(七)

山本戸教授もまたこれと全く同趣旨を主張される。

(七) 「法的判斷が一致するときは、その權利は實効性あるものとして現實的に存在する。しかし若し關係人のかゝる判斷が一致しないときには權利は、規範的な妥當性をもつが現實的な實効性を有しないものとして、觀念的にのみ存在する」、しかし「裁判の有權性によつて妥當性ある權利として確定し且つ實効性を保障せられて、現實的存在となる。すなわち判決によつて實効性ある權利が形成せられる。かくて個別的訴訟に關しては、實効性ある現實的存在としての權利は訴訟前には存在しない。」

要するに教授は、權利の觀念的存在と現實的存在とを區別し、後者をもつて權利は實在するもの、從つて既存的なものとせられる。しかしその既存性は權利の現實的な實効性に依存し、さらにその實効性は關係當事者の法的判斷の一致・不一致に依存せしめる。しかしながら現實的存在と區別され、權利の非實在を意味する觀念的存在とは權

權利のいかなる法的狀態なのであらうか。また、「權利は具體法として、人間の思惟活動によつて媒介された法的觀念物である」と云われるが、それならば權利の觀念的存在と區別される現實的存在とはいかなることなのか。

それが法的にどのようなものであれ、教授はその區別を權利を實効性に依存せしめ、しかもこの實効性について「權威及び權力に基かない第三者的判斷は、なんら妥當性及び實効性を有しうるものでない」とされるが、それではなぜ「關係人の法的判斷・權利義務の意識が一致するときは、その權利は實効性あるものとして現實的に存在することになるのであらうか。兩者の論旨は矛盾するように思われる。しかしそれはともかくとしても、權利の妥當性及び實効性の問題は、既存の、即ち、既に實在する權利の効力の問題であつて、權利の成立乃至存否の問題とは截然と區別されるべきものではなからうか。このことについては、權利それ自體の有する内容實現の規範的要求及び効力である執行力の問題として論述したのであるが、こゝでは、單に疑問を提出するにとめておきたい。^(八)

(八) その略述。權利の妥當性とは、權利内容實現の規範的要求であり、その實効性とは、權利内容實現の規範的効力(妥當性實現の力)である。しかして裁判、その他の債務名義作成行為によつて具體化された實効性(具體的實効性)が執行力に他ならないと思う。この權利自體の規範的効力たる執行力(それは國家の有する現實的強制力とは區別されなければならない)が制度的に強制執行請求權を發現すると解する。

四 權利と訴訟

——訴訟空間における權利の成立

(一) 權利と民事訴訟の必要

前述の如く、權利は經驗的所與としての現實的な生活事實と、社會規範としての法を顯現する假言判斷形式の法規

との結合、即ち具體的事實の法律要件充足によつて論理必然的に個別化された具體的な生活規範たる法として訴訟と無關係に成立する。^(一)

(一) 創設の訴に屬する事件の特殊の場合には、判決によりて、初めて社會規範としての權利が成立するとみることが妥當とも思われる。中村博士は、この種の創設訴訟の目的をもつて、國家に對する「形成要求權」であるといわれ、その事例として、婚姻取消の訴（民七四四條）、詐害行為取消の訴（民四二四條）などを挙げられる。果してそうとすれば、この場合、權利は正しく判決によつて初めて創定される。それにしても、判決以前の權利關係が、「無」というわけではない。當事者は、判決前においては、かゝる權利に對する一種の期待權をもつ。中村博士のいう國家に對する形成要求權がそれに該當するであらう。いづれにせよ、この種の事例は、近代國家における司法權の擴大強化に伴つて現われた極めて稀れな現象であり、これに關しては、改めて研究することにする。

想像するに、「權利は判決によつて成立する」との考え方は、このような極めて妙き事例（全體からみて）において、裁判●法創定力により、具體的な實効性ある權利が成立する現象を過大視して、訴訟の全般に及ぼせるものではあるまいか。

しかし複雑錯綜を極める取引生活においては、果してその具體的事實が存したか否かが問題となる場合があらう。また、法規の規定する要件・効果が抽象的であるために、一定の具體的生活事實がいかなる法律要件を充足して、いかなる法効果、従つていかなる權利を發生せしめているかが疑問となる場合もあらう。^(二)

(二) 同一の具體的事實に對して、異なるしかも相矛盾する法的判斷が構想され、その上、それぞれの法的判斷につきそれを支持する數個の解釋理論を組立てることも可能な程である。

さらに、法的判斷が關係當事者間において一致し、その内容についても爭われることのない權利が成立したとしても、イエリングの云う如く、「權利者が、それを主張する利益に對しては、常に、他人がそれを輕視する利益が對立している」のであるから、權利内容の強制的實現が必要となる場合も生ずる。

従つて權利は、(1) 法律要件を充足する具體的事實それ自體の存否、(2) その事實がいかなる法律要件を充足して、いかなる權利を生ぜしめているか、(3) 權利内容の強制的實現の必要の、三點にわたつて必然的に民事訴訟制度を豫定することになる。

これらのことはいづれも、民事訴訟の制度目的が權利保護であらねばならないことを制度的にも理論的にも要求するものでこそあれ、權利が訴訟において形成されねばならないということの根據とはなり得ないと思う。

(三) 訴訟においては、(1)は「事實認定」の問題となり、(2)は(1)を論理的前提とする裁判の段階における「法律適用」の、即ち「權利確定」の問題となる。(3)は強制執行の問題である。

(二) 訴訟における權利の形成現象

民事訴訟は原告が主張する權利の存否の確定を目的として發展する。しかし、「權利」が存在するということは、その權利を法効果として發生せしむるに必要な法律要件を充足する「事實」が存在するということであり、訴訟において「權利が存在する」と認められるためには、事實審における最後の口頭辯論終結の當時に、その「事實の存在」が認められなければならない。(四)

(四) 小野木 常、事實の確定、民訴講座五五〇頁。

このように訴訟における權利の存否は、事實の存否に還元されるわけであるが、一方、國家權力を背景として、紛争解決の意思をもつて法的判斷をなす裁判所としては、公平・嚴正な立場が要求され、ばされる程、權利の生滅の行われる市民社會空間から一層身を退けて(上位に立ち)、訴訟空間の奥深くとどちこり、客觀的な權利の存否如何を問はずに、刑事訴訟における起訴狀一本主義と同様、判斷に白紙の状態でのぞむことが要求される。(五)

(五) 即ち、社會空間において、訴訟とは無關係具體的な事に實が法律要件を充足してその法効果として權利が成立し、客觀的に嚴然として存在したとしても、その存在は訴訟空間にとつては全く無意味、無關係である。

こゝに、權利が訴訟と無關係に生滅する市民社會空間と、その權利を不可爭的に確定せしめる訴訟空間とは、それぞれ異別の座標系を有する異質の空間であることを認めなければならぬ。^(六)^(七)

(六) 原告と被告とを水平座標軸に、裁判所を垂直座標軸におく立體的な三次元空間であり、また市民社會空間とは云つても自然空間のことではなく、従つて訴訟において行使される實體法上の形成權も、攻撃防禦方法として主張される限り訴訟空間の事象であるが、それによつて、實體法上の効果が發生することは實體座標上の事象に屬する。

(七) 前者においては、私法實體法は生活規範・社會規範として機能し、個人人格が權利主體として構成分子となり、私有財産制度の下に私的自治の原則が認められて權利關係の自由な生滅が行われる。後者においては、同じ實體法が裁判規範として、訴訟手續を營為する訴訟法と綜合されて、當事者辯論主義が裁判所に對して制約を課することゝ、紛争を解決せんとする國家意思が介入することにより、權利の成立については市民社會には見られない訴訟法理が働くことは後述の如くである。

この異質の兩空間を架橋するもの、換言すれば、社會空間における權利の實在と、訴訟空間において、訴訟獨自の仕方でその存在を示さない限りならその存在が認められないということを訴訟技術的に調和せしめる方式が、「訴訟の目的」に他ならない。即ち、それは一定の具體的事實に對する法的判斷であるが、一方、權利者から見れば——(社會空間)——、その法的判斷の結果、權利は實在するのであり、他方、訴訟手續上には——(訴訟空間)——、單に原告の主張に止まる唯名的觀念的存在にしかすぎないのである。^(八)

(八) これが權利の訴訟空間における個別的・具體的裁判規範としての機能であると考えるが、今、これを論述する餘裕はない。

かくして、社會空間においては客觀的絶對的に存立し、また任意的自治的に實現されて消滅する權利も、その存在が訴訟空間において認められるためには、(けだし、訴訟空間は權利のドックであり、判決の効力をもつて權利は鍛造される)その權利を法効果として發生せしめるに必要な法律要件を充足する事實の存在が訴訟獨自の仕方でもつて、事實審における口頭辯論終結の當時に認められなければならないのであるが、その事實が認められるための訴訟獨自の仕方とは、結局、當事者辯論主義、證據による事實の認定、自由心證主義によつて事實認定が行はれることである。即ち、當事者辯論主義の下、權利の存在が認められるために認定さるべき事實は請求原因事實であり、しかもその存否は證據によつて客觀的に確定されなければならない。尙、更に、辯論主義の要請は、この事實並にこの事實の認定に必要な證據の提出を當事者の責任とする一方、裁判所に對しては、當事者が提出する事實並に證據のみを基礎として裁判すべき制約を課するのであるから、たとへ客觀的に事實が(從つて權利が)存在するとしても、當事者がこれを訴訟空間に持ち込まない限り、その存在は認定されないし、またそれを持ち込んだとしても、立證されない限り、やはり認められない。従つて、裁判所にとつては、訴訟開始前(訴訟空間外)は勿論のこと、訴提起の當初においても、事實の存否(従つて權利の存否)は不明であり、訴訟の進行・發展につれて、當事者が主張・立證をくりかへすことにより、次第に認定されてゆき、口頭辯論終結に至つて初めて、その存否が確定される。しかも論理的には、かくの如くにして認定され・確定された事實に法の適用がなされる筈なのであるが、實踐的には、事實の認定、法の適用は共に裁判官の意識作用として相交錯し不可分の關係にある。即ち、當初より事實認定の形成過程と一體となつて、發展的に法の適用もなされてゆく。しかも、事實と規範の結合(法の適用)によつて權利が成立するのであれば、その事實たるや、證據によつてその實在が客觀的に確定される事實であり、それに對する法の適用(法的判

斷)も有權的な適用なのであるから、權利は訴訟空間においては、訴訟手續の進行・發展につれて、次第にその客觀的な實在性が獲得・形成されてゆく現象を呈するものとみることができるとは、

けだし、社會空間における權利は、各個人が自己の意思によつて創定した生活事實をまづ全體として固定せしめて、没時間的に法的評價をなして成立するのであり、その際に發展の契機は存在しないし、また不要でもある。しかして、その事實やそれに對する法的判斷(法の適用)は、單なる社會的存在としての歴史的事實であり、また主觀的な私的判斷であるが、同一事實に對して同一の法的評價がなされるべきであることは、既に法律的正義感や法規が媒介する法規範意識が厳しく要求している所でありその客觀性はかなりに保障されている。これに反して、訴訟空間においては、事實の認定(既にそれ自體が發展的性格を有しているのであるが)並に法の適用は社會空間におけるが如く、固定的な靜止の状態においてなされるのではなく、當事者辯論主義の支配の下に、時間的に發展する經過においてのみなされるのであるから、事實と規範の結合によつて權利が成立するとすれば、訴訟空間において權利は時間的發展の裡においてのみ次第次第に形成されてゆく。しかも、上述の如くその事實たるや國家的權威の上からも證據によつて客觀的に確定される事實であり、その法的評價たるや、紛争を解決せんとする國家意思の介入による有權的確定的な評價であるが故に、それは權利が次第にその實在性を獲得、形成してゆく現象過程と見られ得るであらう。

しかし、このことをもつて直ちに全實定法秩序あるいは全私法體系において、「權利が訴訟において形成される」とものと結論されてはならない。

けだし、この現象は、當事者辯論主義に支配される事實認定と、それと不可分一體に法の適用が行われるがゆえの訴訟空間に特有な訴訟現象である。この限られた次元の現象をもつてそれと異質の社會空間においても行われるものと考察されたり、全實定法秩序、全私法制度に妥當すべき法的現象として主張されるべきではない。

訴訟空間において、時間的發展に伴つて、空白の心證に權利を成立せしめる事實の存在が次第に形成されてゆくとしても、その「事實」たるや（證據によつて證明される客觀的事實であるとしても）、訴訟空間において突發的に創造されるものではなく、社會空間においては生き生きと現存する事實に他ならないのであり、そこにおいてその當該同一の事實が論理必然的に權利を生滅せしめていたのであつて、只、それが爭われ、あるいはこれに對する法的判斷が衝突する場合に、何人もこれを認めざるを得ない客觀性と權威をもたすべく、またそれに對する法的判斷が不可爭的有權的であるべく、證據によつて認定され、國家權力を背景として法の適用がなされて權利が確定されるのである。従つて訴訟の本質は確認的であると云うべく、民事訴訟の制度目的は權利保護にあるといふべきであらう。

「各人の主觀的な權利判斷に對して、一義的な法適用による權利關係の實在性^(九)の形成の必要」という言葉は「一義的な法適用による權利關係の確定の必要」というのが正しいように思う。

(九) 兼子、前掲、研究一卷四八四頁。

結 語

私法法規は、市民社會空間に行わるべき生活規範・社會規範としての私法實體法と、訴訟空間において行われる評價規範・裁判規範としての私法實體法の顯現形式である。しかも私法法規は、現實に生起して來る無數の生活現象に妥當するべく要件・効果の假言判斷形式をとるが、その内容はいわゆる許容法規として、その法効果が國家的強制力を擔保として個人に一定の生活利益内容享受の可能性を許容するのであり、それが權利といわれるものに他ならない。即ち、權利は私法實體法の生活規範としての個別的具體的現象型態であり、私法法規が規定する法律要件を充足

する現実的な生活關係が存在すると、個人主體の意欲の如何にかゝらず論理必然性をもつて法効果として成立するものである。かくて權利は市民社會空間において、「個別化された具體的な生活規範・社會規範としての法」として現實的に成立する。

しかるに一方、訴訟空間においても、また權利の實在性が形成される現象が生ずる。しかしこれはあくまでも訴訟手續が當事者辯論主義の下に「事實の認定」と「法の適用」が不可分一體に發展することに基づく訴訟空間特有の訴訟現象であり、この限られた現象を社會空間においても同様であると主張されてはならないし、従つて、法的世界に權利が新に創造されると觀るべきではない。

兩者を統合する、より高次の段階（法秩序）に立つてこのことをみるならば、市民社會空間において現實に存在する事實と、そこにおいてのみ妥當する法規範の結合によつて生ずる權利がその個々の構成要素について疑惑が生ずる場合、それらの要素を「權利のドック」である訴訟空間に「訴訟の目的」を通じて導入し、そこで訴訟法理と國家權力をもつてリファインして、さらに、判決の効力（確定力、執行力、創設力）によつて不可爭確定的な權利に鍛造するという一連の法的現象に他ならない。このように鍛造された權利は、再び社會空間において確定的な個別的具體的な生活規範・社會規範たる法として、具體的な生活關係を規律するのである。

現代の私法制度は、民事訴訟制度をもその一還として、權利をその核心として構成する。

かくして、權利を基點として實定法秩序における訴訟の機能を考察すれば、それはやはり權利保護に在ると結論せざるを得ないのである。

〔附記〕 本稿は修士論文「私法・權利・訴訟」の中から、權利の成立に問題を限定して論述したものである。従つて、既に成立した權利の個別的・具體的裁判規範としての問題はこれを捨象した。